

An den
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Telefon +49 30 838 51453
+49 30 838 53435 (Sokr.)
Fax +49 30 838 53432
E-Mail heike.krieger@fu-berlin.de
(Sokr.) b.sikora@fu-berlin.de
Internet www.fu-berlin.de/jura

Berlin, den 10. Juni 2009

**Gesetzentwurf der ...Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Entwurf eines
Gesetzes zur Verbesserung des Verfahrens zur Wahl der Bundesverfas-
sungsrichterinnen und Bundesverfassungsrichter, BT-Drs. 16/9628**

**Antrag der ...Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Änderung der Geschäfts-
ordnung des Deutschen Bundestages zur Verbesserung des Verfahrens zur
Wahl von Bundesverfassungsrichterinnen und Bundesverfassungsrichtern,
BT-Drs. 16/9927**

Sehr geehrte Damen und Herrn,

zu dem oben genannten Gesetzesentwurf und dem Antrag auf Änderung der Ge-
schäftsordnung des Deutschen Bundestages nehme ich wie folgt Stellung:

Hintergrund

1. Die vorliegenden Entwürfe enthalten Vorschläge zu Änderung des Verfah-
rens zur Wahl der Bundesverfassungsrichter. Die Entwürfe reagieren da-
bei auf verbreitete Kritikpunkte an der bestehenden Praxis des Wahlver-
fahrens, die seit Errichtung des Bundesverfassungsgerichtes geäußert
werden. Hierzu zählt vor allem die indirekte Wahl durch den Wahlaus-
schuss, die Benachteiligung kleinerer Parteien und die fehlende Öffent-
lichkeit des Verfahrens. Trotz dieser schon traditionellen Kritik gibt es
zugleich einen weitreichenden Konsens in Deutschland über die hohe
fachliche Qualifikation des Bundesverfassungsgerichtes in seiner jeweili-
gen Besetzung ungeachtet des Wahlverfahrens. Das hohe Ansehen und
die weitreichende Akzeptanz des Gerichtes lassen die Schlussfolgerung
zu, dass das Verfahren nicht zu groben Fehlentscheidungen geführt hat.

Zur unmittelbaren Wahl durch den Bundestag

2. § 6 Abs. 1 S. 1 BVerfGG-Entwurf beendet die verfassungswidrige Praxis der indirekten Wahl der Bundesverfassungsrichter, die durch den Bundestag bestimmt werden, indem die Vorschrift eine direkte Wahl durch den Bundestag vorsieht. Rechtsgrundlage für die Wahl der Bundesverfassungsrichter ist Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG. Danach sind die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts je zu Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat zu wählen. Angesichts des offenen Wortlautes des Artikels ist in der Wissenschaft seit jeher umstritten, ob der Bundestag die Wahl der Richter an einen Ausschuss delegieren darf. Die gesetzliche Regelung geht in § 6 Abs. 1 BVerfGG von der Delegationsbefugnis aus. Danach werden die Richter in indirekter Wahl gewählt, d.h. der Bundestag wählt nach den Regeln der Verhältniswahl einen Wahlausschuss für die Richter des Bundesverfassungsgerichts, der aus 12 Mitgliedern besteht.
3. Dieses Verfahren verstößt gegen das in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistete Recht des Abgeordneten auf gleiche Teilhabe am Prozess der parlamentarischen Willensbildung und das Prinzip der repräsentativen Demokratie. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG garantiert jedem Abgeordneten nicht nur die Freiheit in der Ausübung seines Mandats, sondern auch die Gleichheit im Status der Vertreter des ganzen Volkes. Für diese Gleichheit ist die Gleichheit der Mitwirkungsbefugnisse aller Abgeordneten entscheidend (BVerfGE 112, 118, 133). Dabei unterliegt das Prinzip der Beteiligung aller Abgeordneten an den Aufgaben des Parlamentes trotz des weiten Gestaltungsspielraums des Bundestages hinsichtlich der Regeln der Selbstorganisation der verfassungsgerichtlichen Kontrolle (BVerfGE 80, 188, 220). Das Erfordernis gleicher Mitwirkungsbefugnisse wird durch den Verfassungsgrundsatz der repräsentativen Demokratie verstärkt. Dieser Grundsatz erlaubt zwar prinzipiell die Delegation der parlamentarischen Arbeit an Ausschüsse. Das Bundesverfassungsgericht hat für eine solche Delegation aber ausdrücklich die Voraussetzung aufgestellt, dass "die endgültige Beschlussfassung über ein parlamentarisches Vorhaben dem Plenum vorbehalten bleibt" (BVerfGE 44, 308, 317). Weist das Grundgesetz dem Bundestag Entscheidungskompetenzen zu, so liegt es angesichts der Mitwirkungsbefugnisse aller Abgeordneten nicht in seiner Organisationsgewalt, diese Entscheidungen abschließend auf einen Ausschuss zu übertragen.
4. Diesen Grundsätzen genügt die Delegation an den Wahlausschuss nicht. Im Unterschied zu anderen Ausschüssen dient der Wahlausschuss nämlich nicht nur der vorbereitenden Entscheidungsfindung, sondern die Wahlentscheidung selbst wird im Ausschuss getroffen. Damit können andere Abgeordnete ihr Stimmrecht nicht mehr bei der Beratung im Plenum ausüben und sind von der Entscheidungsfindung ausgeschlossen. Die Annahme, dass die jahrzehntelange Verfassungspraxis einen rechtmäßigen Zustand herbeigeführt habe, setzt voraus, dass sich insoweit wirksam Verfassungsgewohnheitsrecht gebildet hat. Angesichts der fortdauernden Kritik an dem Verfahren nicht nur von Seiten der wissenschaftlichen Literatur, sondern vor allem aus dem Parlament selbst, wie sie in dem vorlie-

genden Gesetzesentwurf zum Ausdruck kommt, dürfte es aber an der Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) fehlen, die für die Bildung von Gewohnheitsrecht erforderlich ist.

Zum Erfordernis der Dreiviertelmehrheit

5. Die Regelung von § 112a Abs. 1 S. 2 GOBT-Entwurf begegnet aus meiner Sicht Bedenken, da sie die Funktionsfähigkeit des Gerichtes gefährden könnte. Zwar ist das grundsätzliche Ziel der Regelung begrüßenswert, die Benachteiligung kleinerer Parteien zu beenden. Die Einführung eines Mehrheitserfordernisses von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen im Plenum des Bundestages aber erscheint nicht zweckmäßig. Zu hohe Mehrheitserfordernisse drohen die Richterwahl zu blockieren, was sich an den historischen Erfahrungen belegen lässt. Die ursprüngliche Regelung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes sah das Erfordernis einer Dreiviertelmehrheit vor, wurde aber bei der Gesetzesnovellierung 1956 auf eine Zweidrittelmehrheit gesenkt. Grund hierfür waren die Schwierigkeiten bei der Wiederbesetzung von Richterstellen während des sog. Kampfes um den Wehrbeitrag. In einem Zeitraum von zwei Jahren konnten sich die Parteien auch angesichts des hohen erforderlichen Quorums auf keine Richternachfolge einigen. Eine derartige Blockade kann die verfassungsrechtlich geschützte Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts beeinträchtigen.
6. Das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit entspricht auch dem Landesverfassungsrecht. So verlangt z.B. Art. 84 Abs. 1 S. 2 der Verfassung von Berlin, dass die Mitglieder des Verfassungsgerichtshofes mit Zweidrittelmehrheit gewählt werden. Trotz dieser Regelung kann in Berlin eine Benachteiligung der kleineren Parteien bei der Richterwahl weitgehend vermieden werden, denn auf der Grundlage eines parteipolitischen Konsenses kommt jeder Partei, die im Abgeordnetenhaus vertreten ist, die Besetzung zumindest einer Richterstelle zu. Nicht mit den Mitteln des Verfassungsrechts, sondern allein auf parteipolitischer Grundlage gelingt es hier, kleinere Parteien gleichmäßig bei der Besetzung des Verfassungsgerichtshofs zu beteiligen.
7. Der vorliegende Antrag zur Änderung der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages sieht zudem in § 112a Abs. 2 S. 2 GOBT-Entwurf vor, dass auf Antrag einer Fraktion ein Kandidat in den Vorschlag des Rechtsausschusses aufzunehmen ist. Liegt diesem Vorschlag kein parteipolitischer Konsens zugrunde und wird zugleich eine Dreiviertelmehrheit verlangt, steigt das Risiko, vom Plenum nicht gewählt zu werden, erheblich. Dabei ist das Risiko der Nichtwahl eines vorgeschlagenen Kandidaten bei einer Wahl durch das Plenum des Bundestages ohnehin vorhanden. Die Erfahrungen der Verfassungsrichterwahlen im Berliner Abgeordnetenhaus zeigen, dass selbst bei Paketlösungen, die zwischen den Parteien ausgehandelt worden sind, die Gefahr besteht, dass sich für Kandidaten nicht die erforderliche Zweidrittelmehrheit findet und die Wahl scheitert. Solche Vorgänge mögen zum einen das Ansehen eines Verfassungsgerichtes zu beschädigen, wenn es nur als Objekt parteipolitischer

Auseinandersetzungen wahrgenommen wird. Zum anderen mag auch fraglich sein, inwieweit sich Kandidaten für ein Verfahren finden, das so wie das Verfahren, das in dem vorliegenden Entwurf vorgeschlagen ist, das Risiko nicht gewählt zu werden um ein Vielfaches erhöht.

Zur Transparenz durch Anhörung

8. Auch gegen die Regelung des § 112a Abs. 3 GOBT-Entwurf ergeben sich aus meiner Sicht verfassungsrechtliche Bedenken. Die Regelung will durch Einführung einer Anhörung das Verfahren zur Wahl der Bundesverfassungsrichter transparenter gestalten und als Antwort auf Ereignisse bei den Richterwahlen in der jüngeren Vergangenheit Kandidaten ein Forum geben, sich zu Einwänden gegen ihre Kandidatur zu äußern.

9. Sicherlich ist das Erfordernis der Transparenz staatlicher Entscheidungsfindung heute mehr denn je rechtlich geboten. Entsprechende Rechtsentwicklungen lassen sich auf der Ebene des nationalen Rechts ebenso beobachten wie auf der Ebene des Europa- und Völkerrechts. Auch vor dem Hintergrund der jüngeren Ereignisse bei der Richterwahl scheint es auf den ersten Blick geboten, den Kandidaten in einem ordentlichen Verfahren die Gelegenheit zu geben, zu Einwänden gegen ihre Kandidatur Stellung zu nehmen. Zudem könnten durch eine öffentliche Anhörung die Personen der Verfassungsrichter, ihre Ansichten und die Gründe, die für ihre Wahl sprechen, einer breiteren Öffentlichkeit bekannt gemacht werden. Dabei erscheint wohl nur eine öffentliche Anhörung durch ein Parlamentsgremium angemessen, wie es der Gesetzesentwurf vorsieht. Eine Anhörung durch ein sachverständiges, aber außerparlamentarisches Gremium würde der demokratischen Verantwortung der Organe, die die Bundesverfassungsrichter wählen, nicht hinreichend gerecht werden.

10. So begrüßenswert der Grundgedanke der Transparenz des Wahlverfahrens auch ist, lässt sich doch gleichzeitig befürchten, dass die Praxis der öffentlichen Anhörungen zu einer Reihe negativer Auswirkungen führen dürfte, die das Ansehen und die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts gefährden könnten und daher verfassungsrechtlich bedenklich sind. Eine öffentliche Anhörung im politischen Raum, wie sie von den vorliegenden Entwürfen vorgesehen ist, bringt das Ringen der Parteien um die Richterstellen in die Öffentlichkeit. Es ist nicht auszuschließen, dass die Medienwirksamkeit einer öffentlichen Anhörung dabei als Gelegenheit zur politischen Profilierung verstanden wird, insbesondere gegenüber umstrittenen Kandidaten oder in Zeiten großer allgemeinpolitischer Auseinandersetzungen. Das wiederum begründet die Gefahr zunehmender Politisierung und Ideologisierung, weil es einerseits im politischen Raum schwierig sein dürfte, die juristische Kompetenz eines Kandidaten angemessen zu prüfen, andererseits eine reine Erörterung aktenkundiger Tatsachen kaum dem gesteigerten Informationsinteresse ausreichend erscheinen dürfte. Zudem sehen sich die Kandidaten bei der Beantwortung von umstrittenen Rechtsfragen auch vor der Notwendigkeit, ihre verfassungsrechtlich gewährleistete Unparteilichkeit und Unabhängigkeit als Richter zu schützen, so dass sie die Beantwortung von Fragen, die auf

Rechtsprobleme zielen, zu denen Entscheidungen anstehen, verweigern dürften. In solchen Konstellationen ist dann nur noch der wenig wünschenswerte Rückgriff auf Fragen nach persönlichen Umständen und politischen Ansichten naheliegend. Dabei ist auch die Konkurrenzsituation, die entsteht, wenn zwischen den Befragten erst ausgewählt werden soll, geeignet, die Ideologisierung zu vergrößern.

11. Als weiterer Beleg für die sich aus einer öffentlichen Anhörung ergebenden Gefahren mag auch die Praxis der Anhörungen bei der Berufung der Supreme Court Richter in den Vereinigten Staaten dienen. In diesen Verfahren werden den Richtern sowohl fachliche als auch persönliche Fragen gestellt. Fachliche Fragen richten sich dabei auf frühere Veröffentlichungen, fachrichterliche Entscheidungen und Grundsatzfragen wie z.B. der Abtreibung. Im Rahmen dieser Anhörungen ist es in der Vergangenheit zu hoch politisierten Verfahren gekommen, in denen die Richter persönlich erheblichen diskreditierenden Angriffen ausgesetzt waren. Auch wenn Unterschiede im verfassungspolitischen Stil zwischen Deutschland und den USA es nicht wahrscheinlich machen, dass vergleichbare Auswüchse in Deutschland stattfinden, bleibt auch hier die oben beschriebene Gefahr einer Politisierung, die dem Ansehen des Gerichts selbst schaden könnte und geeignete Kandidaten von einer Kandidatur abhalten könnte. Denn es ist in der Tat nicht auszuschließen, dass durch die Gefahr der Politisierung und Ideologisierung der öffentlichen Anhörungen qualifizierte Bewerber abgeschreckt werden könnten, so dass sich zukünftig nur noch bestimmte öffentlichkeitswirksame Richtertypen durchsetzen würden.

Zur Befassung durch den Rechtsausschuss

12. Von der Einführung von § 112a Abs. 2 S. 1 GOBT-Entwurf, der die Zuständigkeit, über den Wahlvorschlag zu entscheiden, dem Rechtsausschuss zuweist, ist nach meiner Ansicht abzusehen. Der Wahlausschuss hat sich als kleines, aber sachkundiges Gremium erwiesen, indem ohne Rücksicht auf Belange der medialen Außenwirkung die Geeignetheit der Kandidaten erörtert werden kann. Diese Erörterung setzt eine eingehende Beschäftigung mit der fachlichen wie persönlichen Eignung eines Kandidaten voraus. Je kleiner das Gremium ist, in dem die Eignung der Kandidaten geprüft wird, desto offener können die Gremienmitglieder diskutieren. Hier kommt der Verschwiegenheitspflicht nach § 6 Abs. 4 BVerfGG eine besondere Bedeutung zu. Allerdings muss durch das Wahlverfahren für den Ausschuss sichergestellt werden, dass auch kleinere Parteien angemessen im Ausschuss repräsentiert sind.

Zur Einführung einer Männer und Frauenquote

13. Gegen die Einführung einer Männer und Frauenquote in § 2 Abs. 4 BVerfGG-Entwurf bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie erscheint im Ergebnis aber nicht erforderlich. Zwar findet sich eine vergleichbare Regelung beispielsweise in § 1 Abs. 3 des Berliner Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof. Diese Regelung stieß im Laufe der Zeit auch auf überwiegende Zustimmung und hat zu einem vergleichsweise

hohen Anteil von Richterinnen im Verfassungsgerichtshof geführt. Eine vergleichbare Akzeptanz einer solchen Regelung auf Bundesebene ist aber überaus zweifelhaft und mag sich dementsprechend auf die Legitimation der so berufenen Richterinnen negativ auswirken.

Schlussfolgerung

14. Aus den Ausführungen ergibt sich, dass eine vorsichtige Reform des Wahlverfahrens zur Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts erforderlich sein dürfte. Der verfassungswidrige Zustand der indirekten Wahl sollte beseitigt werden. Da das Wahlverfahren aus meiner Sicht im Übrigen nicht zu beanstanden ist, kommt es allein darauf an, dass der Bundestag - wie von § 6 Abs. 1 S. 1 BVerfGG-Entwurf vorgesehen - die Richter des Bundesverfassungsgerichts auf Vorschlag eines Ausschusses im Plenum wählt. Es sollte ausdrücklich festgehalten werden, dass die Wahl ohne Aussprache stattfindet. In diesem Fall wäre vor der Abstimmung im Plenum eine (nicht-öffentliche) Vorstellungsrunde in den Fraktionen angemessen. Der Wahlausschuss scheint dabei weiterhin das geeignete Vorbereitungsgremium zu sein, um den unverbindlichen Vorschlag auf der Grundlage des bisherigen, bewährten Verfahrens zu unterbreiten. Allerdings muss bei seiner Zusammensetzung eine angemessene Beteiligung der kleineren Parteien gewährleistet sein.